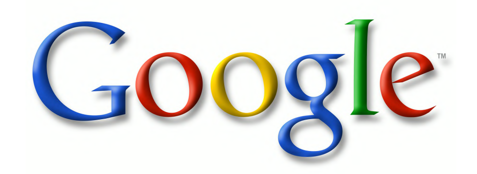

Google



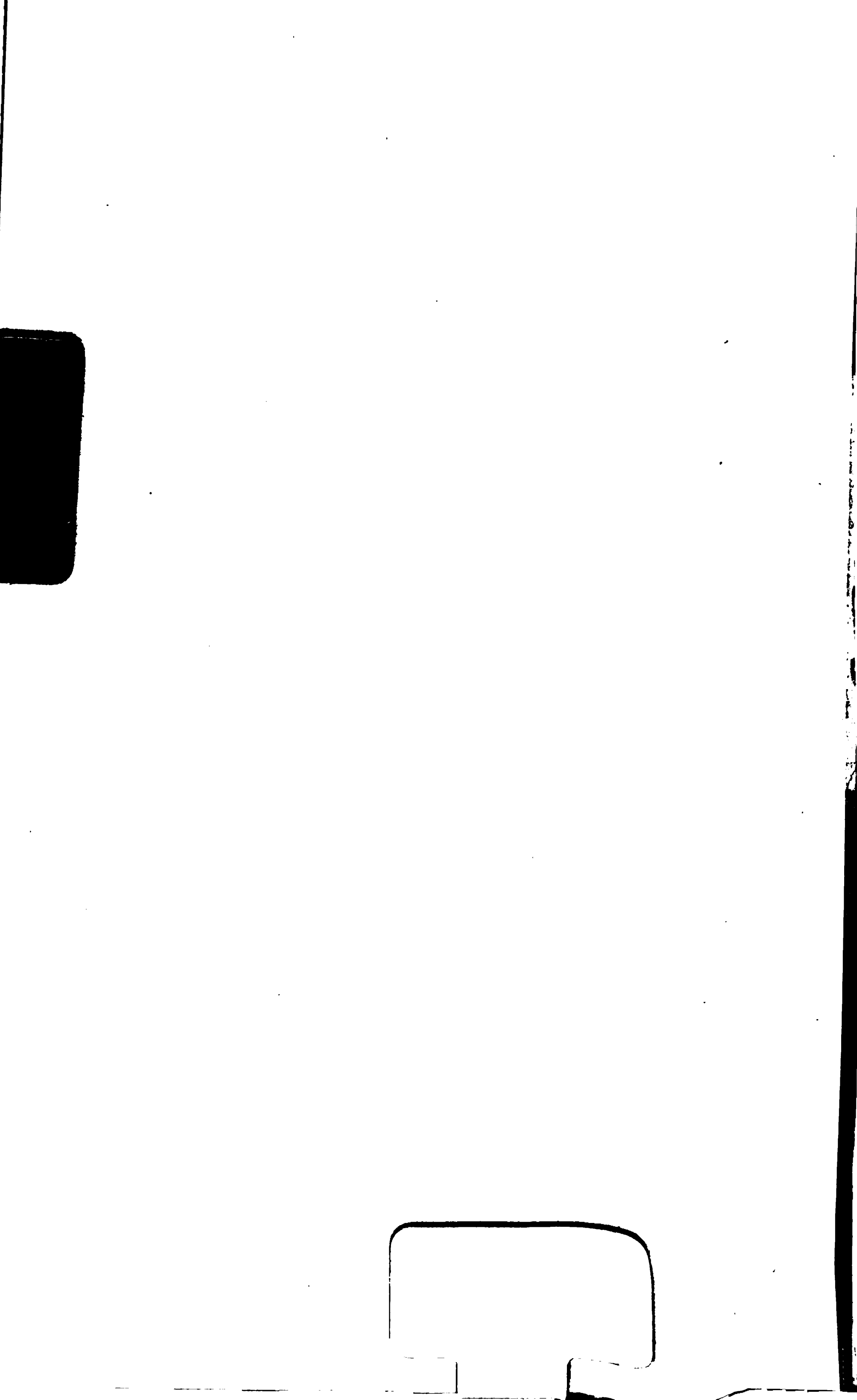
STROHAL

Kommt dem Vorgemerktwn der Offentliche Glaube des Grundbuchs zu Statten?

1904







KOMMT DEM VORGEMERKTEN DER ÖFFENTLICHE GLAUBE DES GRUNDBUCHS ZU STATTEN?

DEKANATS-PROGRAMM

VON

DR. EMIL STROHAL.

LEIPZIG 1904
DRUCK VON ALEXANDER EDELMANN
UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKER.

KOMMT DEM VORGEMERKTEN DER ÖFFENTLICHE GLAUBE DES GRUNDBUCHS ZU STATTEN?

Einleitung.*)

Das BGB. hat das Institut der grundbücherlichen Vormerkung in Anknüpfung an bisheriges Recht angenommen und dabei zugleich mit großer Selbständigkeit ausgestaltet. Auf der hierdurch gegebenen Grundlage hat sich auch schon eine verhältnismäßig breite Lehre von der Vormerkung entwickelt, die bemüht ist, das Wesen des Instituts zu ergründen und den reichen Gehalt der einschlagenden Vorschriften des Gesetzes zu ermitteln und herauszustellen. Von allseitiger Einigung ist man freilich noch weit entfernt, und die hervorgetretenen Meinungsverschiedenheiten beziehen sich nicht nur auf Einzelfragen, sondern auch auf die grundsätzliche Auffassung.

Die vollständige Aufrollung des gegenwärtigen status rei et controversiarum liegt außerhalb der Aufgabe der vorliegenden Gelegenheitsschrift; sie greift aus dem Komplex der noch unerledigten Fragen des Vormerkungs-

---

*) Die Grundgedanken der vorliegenden Abhandlung hatte der Verfasser schon am 28. 10. 1903 in einem in der Juristischen Gesellschaft in Leipzig gehaltenen Vortrag entwickelt; vgl. darüber den kurzen Bericht im „Recht“, 1903 No. 23 S. 570.

rechtes nur eine einzige, aber sehr wichtige heraus und zwar eine solche, deren bisherige Behandlung einigermaßen unter der üblich gewordenen Verbindung mit der sogenannten Konstruktion der Vormerkung gelitten hat, und deren Lösung daher auch durch Isolierung der Untersuchung nicht nur nicht erschwert, sondern vielmehr erleichtert werden dürfte.

Bevor in die Erörterung des Problems selbst eingetreten wird, soll dieses zunächst noch fester umrissen werden, als es durch die den Titel unserer Abhandlung bildende Fragestellung geschehen konnte.

Die Vormerkung ist ein vorläufiger Eintrag im Grundbuch, durch den obligatorische Ansprüche in eigenartiger Weise gesichert werden. Der zu sichernde (gegenwärtige, zukünftige oder bedingte) Anspruch muß auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück, oder an einem das Grundstück belastenden Rechte, oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes gerichtet sein (§ 883 Abs. 1). Die durch die Vormerkung zu gewährende Sicherung aber bezweckt die Abwendung derjenigen Gefahren, welche sich für den Anspruchsberechtigten aus Umständen ergeben können, die unter den Gesichtspunkt des Unvermögens des Schuldners zur Leistung fallen, und wird dadurch erreicht, daß die sachenrechtliche Verwirklichung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs nach der bezeichneten Richtung hin von dem schwankenden Boden des Obligationenrechtes unabhängig gemacht und durch das Eingreifen der infolge der Vormerkung ausgelösten

sachenrechtlichen Vorschriften der §§ 883, 884, 888 BGB., § 24 KO., § 48 ZVG. gewährleistet ist.

Den Gegenstand der folgenden Erörterung bildet nun die Frage, ob die Vormerkung das, was sie überhaupt zu leisten vermag, nach Maßgabe der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893 BGB.) auch dann leisten kann, wenn der Buchstand, auf dessen Grundlage die Eintragung der Vormerkung erfolgt ist, mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt?[1])

Zur Klarstellung schon hier einige Beispiele: Dem A steht gegen den B ein Anspruch auf Auflassung eines

---

1) Die Ansichten gehen weit auseinander: Die im Texte bezeichnete Frage wird unbedingt verneint von Biermann, Widerspruch und Vormerkung (1901) S. 188 ff. [vgl. auch desselben Schriftstellers Kommentar zum Sachenrecht (2. Aufl. 1903) S. 83], Turnau und Förster, Liegenschaftsrecht I (2. Aufl. 1902) S. 213 (anders nach 1. Aufl. S. 207), Maenner, Recht der Grundstücke (1899) S. 60 Anm. 51, Predari, Grundbuchordnung (1902) S. 166, Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht (1902) S. 178, 179, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht (1900) S. 211, Philipsen, Die Vormerkung (1903) S. 67 (vgl. aber dazu die zutreffenden Bemerkungen von Ungewitter in den Beiträgen z. Erl. d. D. R. Bd. 48 S. 158), Reichel in Iherings Jahrbüchern Bd. 46 S. 103, Kober in v. Staudingers Kommentar (2. Aufl. 1903) S. 79. Für die Bejahung: Fuchs, Grundbuchrecht I (1902) S. 152, Ramdohr in den Beiträgen z. Erl. des D. R. Bd. 44 S. 353, Othmer, Wirkung der Vormerkung (1902) S. 86 ff., Planck-Strecker III (3. Aufl.) S. 116 oben (anders noch in den früheren Auflagen) und wol auch Cosack, Lehrbuch II (4. Aufl.) § 180 bei Anm. 8 (obschon er sich hier weniger bestimmt äußert als im § 183 III Z. 4 der 1. Aufl.). Eigentümlich Sekler, Lehre von der Vormerkung (1904) S. 137 ff.; er hält die grundsätzliche Bejahung zwar für zulässig, entscheidet sich aber in besonders wichtigen Fällen dann doch wieder für die Verneinung und gelangt so zu widerspruchsvollen Ergebnissen.

Grundstückes zu. Wie ist die zur Sicherung dieses Anspruchs erfolgte Vormerkung hinsichtlich ihrer Wirksamkeit zu beurteilen, wenn zur Zeit der Eintragung der Vormerkung Rechte, die das Grundstück belasten, zu Unrecht gelöscht waren[2]), oder wenn B zu dieser Zeit in der Verfügung über das Grundstück etwa nach §§ 6, 7 KO.[3]) oder nach § 2113 BGB.[4]) beschränkt, die grundbücherliche Eintragung der Verfügungsbeschränkung aber unterblieben war, oder wenn dem B, weil er zu Unrecht als Eigentümer eingetragen war, das Eigentum am Grundstück überhaupt nicht zustand?[5])

Daß die sachenrechtliche Verwirklichung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs wie überhaupt, so auch in diesen Fällen den obligationenrechtlichen Bestand des Anspruchs zur notwendigen Voraussetzung hat, und daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs in dieser Beziehung keine Rolle spielen kann, steht freilich schon von vorneherein außer allem Zweifel und bedarf keiner weiteren Ausführung[6]). Um was es sich für uns handelt,

---

2) Zutreffend hierüber Sekler S. 140 (vor γ).

3) Richtige Beurteilung bei Jaeger, Kommentar z. KO. (2. Aufl.) Anm. 32 zu § 14.

4) Vgl. hierzu Sekler S. 141, dessen Ausführungen aber nicht befriedigen können. Vgl. auch unten Anm. 27.

5) Vgl. hierzu vorläufig die nicht zutreffenden Ausführungen von Philipsen S. 68 und Sekler S. 140, 141 unter γ. Die weitere Darstellung des Textes wird sich mit dem Falle eingehend beschäftigen; vgl. S. 30 ff.

6) Hierüber ist man allgemein einig. Selbst bei Fuchs I S. 152, dem Biermann S. 191 Anm. 16 eine abweichende Meinung zuschreibt, ist nichts zu finden, was der Auffassung des Textes widersprechen würde.

ist also nur, ob für den Vorgemerkten, wenn und soweit ihm ein Anspruch der im § 883 bezeichneten Art auf Herbeiführung einer Änderung der dinglichen Rechtslage wirklich zusteht, der Eintritt der mit der Vormerkung grundsätzlich verbundenen Sicherungswirkung auch durch das Eingreifen des grundbuchrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips vermittelt werden kann[7]). Eine für alle Vormerkungen gleichmäßig zutreffende Antwort läßt sich nicht geben. Denn es macht sich hierbei der wesentliche Unterschied[8]) zwischen den auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragenen Vormerkungen und denjenigen Vormerkungen geltend, deren Eintragung auf Grund der Bewilligung des durch die Vormerkung Betroffenen erfolgt ist (vgl. § 885 Abs. 1). Nach den §§ 892, 893 BGB. wird durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nur der rechtsgeschäftliche Erwerb geschützt und aus diesem Grunde kann daher auch der öffentliche Glaube des Grundbuchs dem auf Grund einstweiliger

7) Mit der Frage des Textes darf nicht die weitere und nach der Ansicht des Verfassers zu verneinende Frage verwechselt werden, ob durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs die (etwa darauf, daß der Bewilligende geschäftsunfähig war, beruhende) Unwirksamkeit der Vormerkung derart gedeckt werden kann, daß die Vormerkung unter Umständen zu Gunsten desjenigen als wirksam gilt, welchem der Vorgemerkte den durch die Vormerkung nur scheinbar gesicherten Anspruch abgetreten oder verpfändet hat. Für die Bejahung auch dieser Frage sprechen sich freilich aus: Fuchs I S. 152, Othmer S. 91, Sekler S. 142 unter b und, wie es scheint, auch Planck-Strecker III (3. Aufl.) S. 118 unter i. a. E.; allein eine Begründung hierfür ist aus dem Gesetz nicht zu gewinnen.

8) Vgl. in betreff dieses Unterschiedes außer § 885 auch noch § 2016 BGB., ferner § 895 CPO. und § 14 Abs. 2 KO.

Verfügung Vorgemerkten niemals zu statten kommen. Ganz anders verhält es sich dagegen dort, wo der Vorgemerkte die Eintragung der Vormerkung der Bewilligung des durch sie Betroffenen verdankt: denn der Erteilung dieser Bewilligung kann rechtsgeschäftlicher Charakter unmöglich abgesprochen werden. Die unmittelbare Anwendbarkeit des § 892 ist aber hiermit noch nicht gegeben. Nach Maßgabe der berufenen Bestimmung und unter den daselbst angegebenen Voraussetzungen gilt nämlich der Inhalt des Grundbuchs nur zu Gunsten desjenigen als richtig, welcher „ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte“ erwirbt, und nach dem zweifellosen Sprachgebrauch des BGB. ist die für den Vorgemerkten aus der Vormerkung sich ergebende Rechtsstellung „ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte“ im Sinne des § 892 nicht[9]). Für die

9) Der Sprachgebrauch des BGB. und nicht begriffliche Erörterung ist hier das Entscheidende. Für jenen ist aber ganz besonders das Verhältnis von § 892 zu § 883 maßgebend. Aus § 883 ergiebt sich nämlich, daß unter den Rechten an Grundstücken und den solche Rechte belastenden Rechten nur Rechte verstanden werden, hinsichtlich deren ein Anspruch auf Rechtseinräumung durch Vormerkung gesichert werden kann. Da man nun einen Anspruch auf Bewilligung einer Vormerkung zweifellos nicht durch Vormerkung sichern kann, so kann auch die aus einer Vormerkung für den Vorgemerkten sich ergebende Rechtsstellung nicht ein Recht an einem Grundstück oder an einem ein Grundstück belastenden Rechte sein. Die bücherliche Eintragung dieser Rechte kann nur durch endgültige Eintragung erfolgen. Für die Rechtsposition des Vorgemerkten ist es dagegen wesentlich, daß sie immer nur auf einer vorläufigen Eintragung beruhen kann; denn eine endgültige Eintragung der Vormerkung giebt es nicht.

Beurteilung des kraft der publica fides des Grundbuchs eintretenden Schutzes ist jedoch außer dem § 892 auch noch § 893 maßgebend. Nach diesem finden die Vorschriften des § 892 insbesondere auch dann entsprechende Anwendung, wenn zwischen demjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, und einem anderen „in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält", und diese Bestimmung trifft für die bewilligte Vormerkung allerdings zu[10]. Der Beweis hierfür soll auf folgende Weise geführt werden. Zunächst negativ: durch Beseitigung der Bedenken, welche man gegen die bejahende Entscheidung aus den §§ 894 bis 898 CPO. abzuleiten versucht hat. Dann positiv: durch Feststellung der rechtlichen Natur der Vormerkungsbewilligung, durch Heranziehung der Vorschriften über das eingetragene Vorkaufsrecht und endlich durch Würdigung der grundsätzlichen Vorschriften des BGB. über „Verfügungen" und durch deren Anwendung auf die bewilligten Vormerkungen.

I.

Biermann glaubt in seiner verdienstlichen Schrift über Widerspruch und Vormerkung nach deutschem

10) Dies wird in der bisherigen Literatur nicht hinreichend gewürdigt. Zumeist wird der Streit nur darüber geführt, ob die Vorschrift des § 892 dem auf Grund Bewilligung Vorgemerkten zu statten komme oder nicht, und der maßgebende § 893 ganz unberücksichtigt gelassen. Vgl. aber doch Ungewitter an dem Anm. 1 a. O.

Grundbuchrecht S. 190 aus § 895 CPO. den Schluß ziehen zu dürfen, daß die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu Gunsten des blos Vorgemerkten unter allen Umständen keine Anwendung finden können. Er giebt folgende Begründung: Verweigert der zur Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, auf Grund deren ein Eintrag im Grundbuch erfolgen soll, Verpflichtete die Erfüllung seiner Erklärungspflicht, so wird die abzugebende Erklärung durch ein den Verpflichteten zur Abgabe der Erklärung rechtskräftig verurteilendes Erkenntnis ersetzt (§ 894 CPO.) und finden dann für den die grundbücherliche Eintragung erwirkenden Kläger die Vorschriften des BGB. zu Gunsten derjenigen Anwendung, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (§ 898 CPO.). Ist das den Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung, auf Grund deren eine rechtsverändernde Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll, verurteilende Erkenntnis nur vorläufig vollstreckbar, so gilt nach § 895 CPO. die Eintragung einer Vormerkung als bewilligt. Es sei nun von entscheidender Bedeutung, daß § 895 CPO. im § 898 CPO. nicht berufen sei. Denn diese Nichtberufung könne nur bedeuten, daß die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf den Fall des § 895 CPO. keine Anwendung zu finden haben. Verhalte es sich aber so mit denjenigen Vormerkungen, welche nach § 895 CPO. als bewilligt zu gelten haben, so könne es sich mit den wirklich bewilligten Vormerkungen nicht anders verhalten.

Diese Beweisführung kann aus doppeltem Grunde nicht für gelungen erachtet werden.

1. Wenn § 898 CPO. bestimmt, daß die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf den Fall des § 894 CPO. Anwendung finden, so bedeutet dies nicht mehr, als daß der im Falle des § 894 CPO. gemachte Erwerb dem rechtsgeschäftlichen Erwerb gleichsteht, und daß somit die im § 894 CPO. berufenen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes genau so eingreifen, wie sie eingreifen würden, wenn der zur Abgabe der in Frage kommenden rechtsgeschäftlichen Erklärung rechtskräftig Verurteilte die Erklärung freiwillig abgegeben hätte.

Hinsichtlich der im § 895 CPO. erwähnten Vormerkung spricht schon dieser § selbst die Gleichstellung mit der rechtsgeschäftlich bewilligten Vormerkung aus und brauchte daher das hier bereits bestimmte im § 898 CPO. nicht wiederholt zu werden. Ja noch mehr: Die Berufung des § 895 im § 898 CPO. wäre sogar verfehlt gewesen. Nachdem im § 895 CPO. hinsichtlich der daselbst bestimmten Vormerkung das Recht der bewilligten Vormerkung für maßgebend erklärt war, durfte § 895 im § 898 CPO. nicht mehr berufen werden. Denn darüber, wie eine bewilligte Vormerkung wirkt, hatte nicht die CPO. zu entscheiden, sondern bestimmt sich ausschließlich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.

2. Die Beweisführung Biermanns scheitert aber noch an einer zweiten Erwägung. Es kann sehr wohl vorkommen, daß jemand, der sich einem anderen gegen-

über zur Bewilligung einer Vormerkung verpflichtet hat, späterhin die wirkliche Erteilung der Bewilligung verweigert und daß hierauf der andere gegen ihn ein diese Erteilung ersetzendes rechtskräftiges Urteil erwirkt. In diesem Falle greift offenbar § 894 und mit diesem zugleich der den § 894 ausdrücklich berufende § 898 CPO. ein, und finden demgemäß die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, in gleicher Weise Anwendung wie im Falle einer wirklich bewilligten Vormerkung[11]). Wenn die endgültige Entscheidung unserer Frage also überhaupt aus der CPO. zu gewinnen wäre, so würde sie hiermit bereits als erledigt zu betrachten sein, und zwar nicht im Sinne Biermanns, sondern nach der umgekehrten Richtung hin. Die Voraussetzung des Vordersatzes trifft aber in Wahrheit nicht zu, und die aufgeworfene Frage hat daher durch die vorstehenden Ausführungen eine positive Lösung noch nicht gefunden. Trotzdem ist ein wichtiges Ergebnis bereits gewonnen: Die §§ 894, 895, 898 CPO. greifen der Entscheidung unseres Problems in keiner Weise vor; sie schließen das Eingreifen des grundbuchrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips zu Gunsten desjenigen, für welchen eine bewilligte Vormerkung eingetragen worden ist, nicht nur nicht aus, sondern lassen in vorsichtiger, aber doch unzweideutiger Fassung den nach § 894 oder § 895 CPO. Vorgemerkten desselben Schutzes teilhaftig werden, der dem auf Grund rechts-

11) Vgl. hierzu auch Othmer S. 89 und Sekler S. 138 (Abs. 3).

geschäftlicher Bewilligung Vorgemerkten nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zuzukommen vermag[12]). Die weitere Untersuchung ist also jetzt nur mehr darüber zu führen, ob die bewilligte Vormerkung eine Verfügung der im § 893 BGB. bezeichneten Art ist.

II.

1. Bei der auf Grund vorliegender Bewilligung eingetragenen Vormerkung sollen die mit dieser verbundenen Wirkungen innerhalb der vom Gesetz gezogenen Schranken

---

12) Unklar gedacht sind die Ausführungen Sekler's S. 138, 139 zu § 895 CPO. Obschon sich dieser Schriftsteller grundsätzlich dafür entscheidet, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs dem auf Grund Bewilligung Vorgemerkten zu statten komme, so hält er doch die Durchführung dieser Entscheidung im Falle des § 895 CPO. aus einem ganz besonderen Grunde für ausgeschlossen. Dieser soll sich aus der Natur der vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeben: „Solange die Vollstreckbarkeit nur eine vorläufige ist, kann das Urteil durch Einlegung eines Rechtsmittels noch umgestoßen werden. Wenn die Vormerkung des § 895 unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens stände, wäre einer abändernden Entscheidung vorgegriffen: wäre die Eintragung einer Vormerkung (auch hier) durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gedeckt, so könnte deren Wirksamkeit und Durchführung nicht mehr angefochten werden.“ Worauf es wirklich ankommt, wird hierbei völlig verkannt. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs kann einer Vormerkung selbstverständlich keine stärkere Wirkung verschaffen, als welchen sie haben könnte, wenn zur Zeit ihrer Eintragung der Buchstand mit der materiellen Rechtslage allseitig übereinstimmt. Bei Vorhandensein dieser Voraussetzung würde aber die Wirksamkeit einer nach § 895 CPO. eingetragenen Vormerkung doch noch immer dadurch rechtlich bedingt sein, daß das nur vorläufig vollstreckbare Urteil hinterher rechtskräftig wird. An dieser Schranke der Wirksamkeit vermöchte daher auch der dem Vorgemerkten zu statten kommende öffentliche Glaube des Grundbuchs nichts zu ändern.

kraft des Willens des Bewilligenden eintreten. Die Bewilligung einer Vormerkung ist somit Rechtsgeschäft, das möglicherweise auch unwirksam, nichtig, anfechtbar sein kann und im zuletzt erwähnten Falle nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze der Anfechtung unterliegt. Die Eintragung der bewilligten Vormerkung erfolgt entweder auf Antrag des Bewilligenden oder auf Antrag des Vorzumerkenden, der sich hierbei durch Vorlegung der ihm erteilten Eintragungsbewilligung legitimiert. (§ 13 GBO.). Hinsichtlich der sachenrechtlichen Gebundenheit des die Eintragung der Vormerkung Bewilligenden wird in Ermangelung einer Sondervorschrift nach Analogie des § 875 Abs. 2 BGB. anzunehmen sein, daß sie mit dem Zeitpunkte eintritt, in welchem der Bewilligende die Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt beantragt oder in welchem er schon vorher dem Vorzumerkenden eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat[13]).

2. Im Falle der Bewilligung einer Vormerkung liegt regelmäßig ein Rechtsgeschäft zwischen dem Bewilligenden und demjenigen, welchem die Vormerkung rechtlich zu statten kommen soll, im Sinne des § 893 BGB. vor. So verhält es sich vor allem, wenn der Bewilligende dem Vorzumerkenden die Bewilligungsurkunde aushändigt und hiermit diesem die Stellung des Antrags auf Eintragung überläßt. An einem solchen Rechtsgeschäft fehlt

13) Über das Wesen der sachenrechtlichen Gebundenheit vgl. jetzt besonders Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht in den Beiträgen z. Erl. d. D. R. Bd. 47 S. 51, 54 ff.

es aber zumeist auch dann nicht, wenn die Eintragung der Vormerkung von dem sie Bewilligenden beantragt worden ist. Die rechtsgeschäftliche Abmachung hinsichtlich der einzutragenden Vormerkung wird hier nicht selten dem Antrag auf Eintragung vorangehen; es ist aber auch möglich, daß der auf einseitigen Antrag des Bewilligenden Vorgemerkte sich erst hinterher mit der für diesen eingetretenen sachenrechtlichen Gebundenheit einverstanden erklärt[14]). Der hier in Frage stehenden Anforderung des § 893 ist in allen diesen Fällen genügt. Gestaltungen, bei denen es zu der durch die Vormerkung vorbereiteten, endgültigen Eintragung gekommen ist, ohne daß vorher eine rechtsgeschäftliche Verständigung zwischen dem Bewilligenden und dem Vorgemerkten stattgefunden hat, lassen sich zwar denken, werden aber verhältnismäßig selten sein[15]). Wo das Gesagte ausnahmsweise zutrifft, liegt hinsichtlich der Vormerkung ein Rechtsgeschäft der im § 893 vorausgesetzten Art zwischen dem Bewilligenden und dem anderen offenbar nicht vor und wird daher die Anwendung unserer Bestimmung schon aus diesem Grunde als ausgeschlossen zu betrachten sein[16]).

---

14) Vgl. auch hierzu Eccius S. 56, 60.

15) Denn wenn es nach der Eintragung der Vormerkung zu, mit derjenigen endgültigen Rechtsänderung, welche durch die Vormerkung vorbereitet werden soll, kollidierenden Eintragungen gekommen ist, so setzt die Eintragung jener endgültigen Rechtsänderung die Geltendmachung der in § 888 bezeichneten Ansprüche durch den Vorgemerkten voraus. Erfolgt diese, so erklärt sich aber der Vorgemerkte dadurch zugleich als mit der zu seinen Gunsten erfolgten Vormerkungsbewilligung einverstanden.

16) Beispiele: 1. Kraft Bewilligung und auf Antrag des einge-

3. Die Bewilligung einer Vormerkung ist **Verfügungsgeschäft** im technischen Sinne und zwar ein solches, bei dem den Gegenstand der Verfügung dasjenige

---

tragenen Eigentümers A wird zur Sicherstellung des dem B jenem gegenüber zukommenden Anspruchs auf Bestellung eines Nießbrauchs eine Vormerkung und einige Zeit darauf unter Bezugnahme auf die Vormerkung der Nießbrauch selbst eingetragen. 2. X, der dem Grundstückseigentümer Y gegenüber zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung einer Reallastberechtigung verpflichtet ist, erwirkt zur Sicherung des Anspruchs des Eigentümers die Eintragung einer bewilligten Vormerkung und bald nachher, ebenfalls unter Bezugnahme auf diese die Löschung der Reallastberechtigung selbst. In beiden Fällen wird weiter vorausgesetzt, daß in der zwischen der Eintragung der Vormerkung und der endgültigen Eintragung liegenden Zeit kollidierende Eintragungen nicht erfolgt sind und daß es während dieser Zeit in Ansehung der Vormerkung auch zu einer rechtsgeschäftlichen Verständigung zwischen den Beteiligten nicht gekommen ist. Bei der Beurteilung der vorgelegten Fälle sind zwei Fragen wol auseinander zu halten. Die erste Frage lautet: Vermag die bewilligte Vormerkung ihre Sicherungswirkung zu Gunsten des Vorgemerkten auch schon für diejenige Zeit zu entfalten, zu der es an einer die Vormerkung betreffenden Einigung zwischen dem Bewilligenden und dem Vorgemerkten fehlt? Diese Frage ist mit der herrschenden Meinung (vgl. besonders **Cosack** II § 177 unter III 1a, **Biermann** S. 148, **Planck-Strecker** III Erl. 1b zu § 885) und im Gegensatz zu **Sekler** S. 129 (der zur Wirksamkeit der bewilligten Vormerkung aus dem unzutreffenden Grunde, daß die aus ihr für den Vorgemerkten sich ergebende Rechtsstellung als Recht an einem Grundstück oder als Recht an einem solchen Rechte im Sinne des § 873 behandelt werden müsse, die **Einigung** des Bewilligenden und des Vorgemerkten fordert) zu bejahen. Die praktische Bedeutung hiervon tritt z. B. hervor, wenn etwa über das Vermögen desjenigen, welcher die Vormerkung bewilligt hatte, nach dem im § 878 bezeichneten Zeitpunkte, aber vor der endgültigen Eintragung Konkurs eröffnet worden ist. In diesem Falle müßte der Konkursverwalter, unter der Voraussetzung, daß **der Anspruch des Vorgemerkten zu Recht** bestand, die (weil die Verfügungsbeschränkung im Grundbuch noch nicht eingetragen war) auf Antrag des Bewilligenden erfolgte endgültige Ein-

Recht bildet, in Ansehung dessen die Vormerkung die Herbeiführung einer endgültigen Veränderung sichern soll. Dieser Punkt bedarf genauerer Ausführung.

Obschon das BGB. eine Begriffsbestimmung der Verfügung im technischen Sinne vermeidet, so ergiebt sich doch aus den zahlreichen auf die Verfügung sich beziehenden Einzelvorschriften, daß man darunter ein Rechtsgeschäft zu verstehen hat, durch dessen Perfektion eine unmittelbare Veränderung eines bestehenden Rechtes herbeigeführt wird[17]). Die hervorgehobenen Merkmale treffen für die Bewilligung einer Vormerkung vollständig zu[18]).

---

tragung in gleicher Weise gegen sich gelten lassen, wie er, wenn diese noch nicht stattgefunden hätte, die Vormerkung nach § 24 KO. gegen sich hätte gelten lassen müssen. Der als Nießbraucher Eingetragene könnte also im ersten Falle die Einigung über die Nießbrauchbestellung (§ 873) durch nachträgliche Zustimmung zur Perfektion bringen, und der mit der Reallast belastete Eigentümer könnte sich im zweiten Falle mit Erfolg auf die Löschung der Reallast berufen, so daß also der Konkursverwalter mit einem Verlangen auf Grundbuchberichtigung nach § 24 KO. abgewiesen werden müßte. Die zweite Frage muß dahin gestellt werden, ob dem Vorgemerkten in Fällen der eingangs unter Z. 1 und 2 bezeichneten Art der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu statten kommen kann, wenn etwa über das Vermögen des die Vormerkung Bewilligenden schon vor der Stellung des Antrags auf deren Eintragung Konkurs eröffnet war. Und diese Frage muß verneint werden, weil es an einer durch § 893 geforderten und im Texte genauer bezeichneten Schutzvoraussetzung fehlt.

17) Vgl. hierzu etwa Planck I (3. Aufl.) S. 185 unter Z. 4, v. Staudinger-Riezler I (2. Aufl.) S. 305, Dernburg, Bürg. R. I § 112, Crome, System I S. 326.

18) In der Literatur werden folgende Meinungen vertreten: 1. Biermann S. 192, 193, Philipsen S. 68, Predari S. 211 sprechen der Vormerkungsbewilligung Verfügungscharakter ab. 2. Planck-Strecker III Erl. 2 a. E. zu § 883 hält die Bewilligung einer Vor-

Hieran darf der Umstand nicht irre machen, daß mit der Bewilligung der Vormerkung und selbst mit der Aushändigung der die Bewilligung enthaltenden Urkunde an den Vorgemerkten für sich allein eine Einwirkung auf das Recht, welches durch die Vormerkung betroffen werden soll, noch nicht verbunden ist. Zum Eintritt dieser Wirkung ist außerdem noch die auf Grund der Bewilligung erfolgte Eintragung im Grundbuch erforderlich. Ganz dieselbe Erscheinung tritt uns aber auch bei zahlreichen anderen Verfügungsgeschäften entgegen, so z. B. bei der Auflassung, bei der Bewilligung der Eintragung eines beschränkten Rechtes an einem Grundstück in Verbindung mit der Aushändigung der Eintragungsbewilligung, bei der Aufgabe eines eingetragenen Rechtes nach § 875 BGB.: denn in allen diesen Fällen setzt der Eintritt des mit der Verfügung angestrebten Rechtserfolgs außer dem Verfügungsgeschäft auch noch die Vornahme der entsprechenden Eintragung im Grundbuch voraus[19].

---

merkung zwar nicht für eine Verfügung, aber doch für einen Vorgang, auf den die für Verfügungen geltenden Vorschriften zur entsprechenden Anwendung zu bringen sind. 3. Für die Verfügungsnatur der Vormerkungsbewilligung sprechen sich aus: Fuchs S. 172, Othmer S. 103, Reichel S. 154, 161, Sekler S. 130. Von keinem dieser Schriftsteller wird jedoch § 893 hinreichend berücksichtigt. Denn Reichel läßt auch dem auf Grund Bewilligung Vorgemerkten den öffentlichen Glauben des Grundbuchs niemals zu statten kommen, und die anderen hier genannten Schriftsteller leiten den dem Vorgemerkten kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zukommenden Schutz nicht aus § 893, sondern aus § 892 ab. 4. Für die Verfügungsnatur der Vormerkungsbewilligung und für die Anwendung des § 893 Ungewitter a. dem Anm. 1 a. O.

19) Vgl. hierzu auch Othmer S. 103, 104.

Besonders aufzuwerfen ist jetzt noch die Frage, ob die Wirkung der auf Grund einer Vormerkungsbewilligung eingetragenen Vormerkung das charakteristische Merkmal der Verfügungswirkung d. i. die unmittelbare Veränderung eines bestehenden Rechtes aufweist[20]. Unbefangene und somit insbesondere von konstruktiver Voreingenommenheit sich freihaltende Prüfung führt zu bejahender Antwort. Wahr ist freilich, daß die Vormerkung selbst — und in dieser Beziehung besteht zwischen der auf Grund einstweiliger Verfügung und der auf Grund Bewilligung eingetragenen Vormerkung kein Unterschied — diejenige Änderung der dinglichen Rechtslage, deren künftige Herbeiführung durch sie nur gewährleistet werden soll, noch nicht herbeiführt, und wahr ist desgleichen, daß die Möglichkeit der Herbeiführung der durch die Vormerkung vorbereiteten endgültigen Rechtsveränderung durch das Vorhandensein des obligatorischen Anspruchs rechtlich bedingt ist, zu dessen Sicherung die Vormerkung eingetragen ist. Allein dem gegenüber ist zunächst zu bemerken, daß die zur Sicherung eines niemals existent gewordenen oder erloschenen Anspruchs eingetragene Vormerkung eben der Wirksamkeit entbehrt, und daß in diesem Zusammenhange selbstverständlich nur von der wirksamen und nicht von der unwirksamen Vormerkung zu reden ist. Erweist sich aber eine Vormerkung als wirksam, so ist wohl zu beachten, daß derjenigen Rechts-

20) Dieser Punkt hat in der bisherigen Literatur noch keine genauere Erörterung gefunden. Richtig eingesetzt wird von Ungewitter a. a. O.

änderung, welche erst durch die sachenrechtliche Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs herbeigeführt wird, eine schon infolge der Vormerkung eintretende Veränderung des durch die Vormerkung betroffenen Rechtes vorangeht. Durch die wirksame Vormerkung erlangt der Vorgemerkte eine Rechtsstellung, mit deren Eintritt eine wesentliche Abschwächung des im konkreten Falle in Frage kommenden Rechtes des durch die Vormerkung Betroffenen verbunden ist[20a]). Der Rechtsbestand der obligatorischen Verpflichtung des durch die Vormerkung Betroffenen würde diesen an der wirksamen Vornahme von die Verwirklichung des Anspruchs des Vorgemerkten vereitelnden oder beeinträchtigenden Verfügungen nicht hindern. Die Sicherungswirkung der Vormerkung schließt aber die Wirksamkeit solcher Verfügungen aus (§ 883 Abs. 2.). Ist durch die Vormerkung z. B. ein Anspruch auf Auflassung gesichert, so kann der durch die Vormerkung Betroffene das Grundstück mit Wirkung gegenüber dem Vorgemerkten weder veräußern noch belasten. Geht der durch Vormerkung gesicherte Anspruch auf Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechtes oder auf Abtretung einer Hypothek oder Grundschuld, so vermag der durch die Vormerkung Betroffene im ersten Falle die dem Vorgemerkten gesicherte Rangstellung durch weitere Verfügungen nicht zu beeinträchtigen und kann er im zweiten Falle sein Recht mit Wirksamkeit gegenüber dem Vor-

---

20a) Vgl. auch Ungewitter a. a. O.

gemerkten weder einem anderen übertragen noch auf Grund desselben für sich Befriedigung erlangen.

Die unmittelbare Einwirkung der Vormerkung auf die Rechtsstellung des durch diese Betroffenen kann hiernach nicht mehr geleugnet werden: sie besteht jedenfalls in einer Minderung des rechtlichen Könnens, welches dem Betroffenen abgesehen von der Vormerkung zukommen würde. Hiermit ist aber die Wirkung der Vormerkung noch nicht erschöpft. Sie äußert sich außerdem darin, daß der Vorgemerkte durch die Vormerkung mit einer Rechtsmacht ausgerüstet wird, vermöge deren er hinsichtlich eines bestimmten Rechtes des durch die Vormerkung Betroffenen die Herbeiführung einer endgültigen Rechtsänderung unter Zurückdrängung anderer Gläubiger des Betroffenen erzwingen kann, also selbst dann, wenn über das Vermögen des Betroffenen Konkurs eröffnet worden ist (§ 24 KO.), oder wenn der Betroffene gestorben ist und dem Erben desselben den Nachlaßgläubigern gegenüber das Recht zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß zukommt (§ 884). Man kann dies auch dahin ausdrücken, daß die für den durch die Vormerkung Betroffenen aus demjenigen Rechte, dessen endgültige Veränderung durch die Vormerkung gesichert ist, erwachsende Verfügungsbefugnis auf Verlangen des Vorgemerkten, und ohne daß dritte Personen dies auszuschließen vermögen, zur sachenrechtlichen Verwirklichung des Anspruchs des Vorgemerkten geradezu verwendet werden muß. Zu der durch die Vormerkung herbeigeführten Minderung des rechtlichen Könnens

des durch die Vormerkung Betroffenen tritt somit als weitere bedeutsame Wirkung noch ein dem Vorgemerkten, auch gegenüber Dritten gewährleistetes rechtliches Müssen des Betroffenen hinzu. Hiermit ist erwiesen, daß das im Vorstehenden genauer bezeichnete Recht des durch die Vormerkung Betroffenen schon infolge der Vormerkung nach doppelter Richtung hin eine Veränderung in peius erfährt und damit zugleich, daß die Bewilligung einer Vormerkung eine durch Eintragung im Grundbuch zur Perfektion gelangende Verfügung im Sinne des § 893 ist. Liegen auch die weiteren Voraussetzungen des § 893 vor, so scheint also dem Vorgemerkten der Schutz des grundbuchrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips nicht versagt werden zu können.

III.

Zu den im BGB. anerkannten Rechten an Grundstücken gehört auch das eingetragene Vorkaufsrecht (§ 1094). Zufolge desselben ist der eingetragene Berechtigte regelmäßig nur demjenigen Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört und dessen Erben gegenüber vorkaufsberechtigt. Fälle, in denen das Vorkaufsrecht darüber hinausgeht, können hier außer Betracht bleiben. Die Begründung des eingetragenen Vorkaufsrechts kann nur rechtsgeschäftlich erfolgen. Im Falle eines zur Zeit der Begründung bestehenden Widerspruchs zwischen Buchstand und materieller Rechtslage greift der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu Gunsten

des Vorkaufsberechtigten zweifellos[21]) durch (§ 892). Dies ist für das den Gegenstand dieser Abhandlung bildende Thema deshalb von Bedeutung, weil die Wirkung des eingetragenen Vorkaufsrechts Dritten gegenüber[22]) durch die ausdrückliche Vorschrift des § 1098 Abs. 2 der Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums gleichgestellt wird. Dem gegenüber müssen grundsätzliche Bedenken gegen die Annahme eines dem auf Grund erteilter Bewilligung Vorgemerkten kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zukommenden Schutzes vollends schweigen: denn, wenn dieser Schutz dem eingetragenen Vorkaufsberechtigten zu statten kommt, obschon die endgültige Eintragung des Vorkaufsrechts dritten Personen gegenüber

---

21) Vgl. auch Kretzschmar S. 179, Sekler S. 285.

22) Daraus, daß das eingetragene Vorkaufsrecht nur Dritten gegenüber mit der Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums ausgestattet ist, will Sekler S. 285 den Schluß ziehen, daß der eingetragene Vorkaufsberechtigte im Falle des Konkurses des Belasteten vom Konkursverwalter nicht die Befriedigung seines Auflassungsanspruchs verlangen, und daß der Erbe des Belasteten dem Anspruch des Vorkaufsberechtigten gegenüber die Beschränkung der Haftung geltend machen könne. Dies ist gewiß unzutreffend. Denn die Vorschriften des § 24 KO. und des § 884 BGB. bestimmen die Wirkung der Vormerkung gegenüber den Gläubigern des durch die Vormerkung Betroffenen und somit gegenüber Dritten und kommen darnach auch dem eingetragenen Vorkaufsberechtigten zu statten. Vgl. übrigens auch § 1098 Abs. 1 Satz 2, wo ausdrücklich bestimmt ist, daß das eingetragene Vorkaufsrecht auch dann ausgeübt werden kann, wenn das Grundstück von dem Konkursverwalter aus freier Hand verkauft wird.

nicht stärker wirkt als die Vormerkung zur Sicherung des aus der Ausübung des Vorkaufsrechts entstehenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung, so ist nicht einzusehen, warum jener Schutz dem zur Sicherung eines Anspruchs auf Auflassung oder eines anderen der im § 883 bezeichneten Ansprüche auf Grund Bewilligung Vorgemerkten nicht soll zu statten kommen können[23]. Wollte man sich dem gegenüber aber darauf berufen, daß das eingetragene Vorkaufsrecht im BGB. als Recht an einem Grundstück behandelt werde, und daß der kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs eintretende Schutz des eingetragenen Vorkaufsberechtigten somit nach § 892 zu beurteilen sei, während hinsichtlich des Vorgemerkten weder das eine noch das andere zutreffe, so ist dies zwar zuzugeben, für unsere Frage aber doch nicht entscheidend. Worauf es hier ankommt, ist

---

23) Dieselbe Frage legt sich auch schon **Kretzschmar** S. 179 vor. Er bescheidet sich aber schließlich damit, daß dem nur Vorgemerkten der Schutz des öffentlichen Glaubens deshalb versagt werden müsse, weil die Eintragung einer Vormerkung, anders wie die des Vorkaufsrechtes, auch auf Grund einer einstweiligen Verfügung erfolgen kann. Dies ist offenbar nicht schlüssig. Denn zwischen der auf Grund Bewilligung und der auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragenen Vormerkung besteht eine Verschiedenheit gleicher Art wie zwischen dem Falle der rechtsgeschäftlichen Bestellung einer Hypothek einerseits und der Eintragung einer Zwangs- oder Arresthypothek andererseits. Und der von **Kretzschmar** gezogene Schluß ist daher ebensowenig zutreffend, wie es zutreffend sein würde, wenn man aus dem, was für die Zwangs- und Arresthypothek gilt, den Schluß ziehen wollte, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch im Falle der rechtsgeschäftlichen Bestellung einer Hypothek keine Rolle spielen könne.

vielmehr folgendes: die Bestellung eines Rechtes an einem Grundstück ist immer Verfügung und als Verfügung stellt sich somit auch die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes dar. Liegt darin aber eine Verfügung, obschon das dingliche Vorkaufsrecht Dritten gegenüber nicht stärker wirkt als eine Vormerkung und obschon sich das dingliche Vorkaufsrecht gerade durch diese Wirkung gegenüber Dritten von dem nur persönlichen abhebt, so kann auch der Bewilligung einer Vormerkung der Charakter der Verfügung nicht abgesprochen werden. Daß das dingliche Vorkaufsrecht nach dem Sprachgebrauch des BGB. ein Recht an einem Grundstück ist, während dies für die Rechtsstellung des tatsächlich nur Vorgemerkten nicht zutrifft, macht dabei nur den Unterschied, daß der Schutz des grundbuchrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips für den eingetragenen Vorkaufsberechtigten schon aus § 892 abgeleitet werden kann, für den Vorgemerkten dagegen nur aus § 893.

IV.

Die Einzelbestimmungen des BGB. über Verfügungen sind sehr zahlreich und können hier nicht vollständig durchgegangen werden. Es sollen nur diejenigen herausgehoben werden, deren Würdigung für unsere Beweisführung von besonderer Erheblichkeit ist. Der kasuistischen Erörterung sind jedoch einige allgemeine Bemerkungen voranzustellen. Nach der hier vertretenen Anschauung sind die Vorschriften über Verfügungen auf bewilligte Vormerkungen nicht nur entsprechend, sondern

unmittelbar anzuwenden. Es giebt unter den auf Verfügungen überhaupt sich beziehenden Bestimmungen keine einzige, die auf bewilligte Vormerkungen nicht anzuwenden ist, und keine dieser Bestimmungen ist so gefaßt, daß es für ihre Anwendung gleichgültig wäre, ob man der Bewilligung einer Vormerkung den Charakter der Verfügung im technischen Sinne zu- oder abspricht.

1. Für die Beurteilung des Wesens der Verfügung im technischen Sinne sehr bedeutsame Vorschriften enthält § 185 BGB. Sie bestimmen die Voraussetzungen, unter welchen die Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand wirksam ist oder wirksam wird. Selbst Schriftsteller, die den Verfügungscharakter der Vormerkungsbewilligung leugnen, sprechen sich ausdrücklich für die Anwendung des § 185 auf bewilligte Vormerkungen aus[24]. Der für sie dabei maßgebende Grund ist freilich schwer zu erkennen; denn es scheint nur die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten zu bestehen: Entweder knüpft sich schon an die wirksame Vormerkung eine für den Berechtigten nachteilige Veränderung desjenigen Rechtes, dessen endgültige Veränderung durch die Vormerkung vorbereitet werden soll; dann ist die Bewilligung der Vormerkung Verfügung, und findet § 185 selbstverständlich Anwendung. Oder aber das vorhin bezeichnete Recht bleibt durch die wirksame Vormerkung ebenso unberührt wie durch einen hinsichtlich jenes Rechtes, gleichviel von wem, geschlossenen obligatorischen Vertrag. Dann

24) Vgl. besonders Biermann S. 194.

liegt in der Vormerkungsbewilligung keine Verfügung und ist daher auch nicht einzusehen, wie auf ein Geschäft, das Verfügung nicht ist, dem spezifischen Rechte der Verfügung angehörende Vorschriften sollen zur Anwendung gebracht werden können.

Wer die Anwendbarkeit des § 185 auf die bewilligte Vormerkung für unbedenklich erklärt, giebt damit also trotz aller theoretischen Vorbehalte praktisch bereits zu, daß die Bewilligung einer Vormerkung ein Verfügungsgeschäft ist. Der nachstehenden Erörterung, die hierfür noch weitere Belege beibringen wird, soll folgender Fall zugrunde gelegt werden: Der als Eigentümer eines Grundstücks eingetragene N hat dem V das Grundstück verkauft und ihm zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung eine Vormerkung bewilligt. Allein noch bevor die Vormerkung zugunsten des V eingetragen ist, erwirkt E gegen N unter Berufung darauf, daß er und nicht N der Eigentümer des Grundstücks sei, die Eintragung eines Widerspruchs. Um die für den Fall, daß E mit seinem Berichtigungsanspruch durchdringen sollte, auch schon während der Dauer der Ungewißheit sich ergebenden Schwierigkeiten zu beseitigen, wendet sich nun N an E und erlangt von diesem gegen dem, daß der von V zu entrichtende Kaufpreis gerichtlich hinterlegt und dem E für den Fall seines Sieges zur Verfügung gestellt wird, die Einwilligung zu der dem V erteilten Vormerkungsbewilligung bezw., wenn diese Vormerkung schon vorher eingetragen worden ist, die Genehmigung zu dieser Erteilung. Nach § 185 ist hier die Vormerkung

im ersten Falle schon von vorneherein und wird sie im zweiten Falle mit rückwirkender Kraft wirksam[25]), selbst wenn E gegen X den Berichtigungsanspruch durchsetzt. Die sich hierbei nach erfolgter Grundbuchberichtigung ergebende Rechtslage ist für die richtige Beurteilung unseres Problems sehr lehrreich. Den obligatorischen Anspruch auf Auflassung hat V in unserem Falle nur gegen den X, nicht gegen den E; denn nur jener nicht dieser ist ihm aus dem geschlossenen Kaufvertrage verpflichtet. Hat V gegenüber dem X ein dessen Auflassungserklärung ersetzendes rechtskräftiges Urteil erlangt, so kann er nunmehr gegenüber dem E verlangen, daß dieser zu der Eintragung des V als Eigentümer des Grundstücks seine Zustimmung gebe (§§ 185, 888 BGB.). Die Eigenart des Sachverhalts besteht darin, daß der Anspruch auf Herbeiführung der endgültigen dinglichen Rechtsänderung sich gegen einen anderen richtet, als welcher sich hinsichtlich desjenigen Rechtes, das die durch die Vormerkung vorbereitete endgültige Änderung erfahren soll, als der wirklich Berechtigte darstellt.

Auf Grund voreiliger Konstruktion ist zwar Sekler, Lehre von der Vormerkung S. 39, 140, 141 zur Aufstellung des Satzes gelangt, daß das Zusammentreffen der Verpflichtung zur Herbeiführung der endgültigen Rechtsänderung mit der nicht blos formalen sondern materiellen Zuständigkeit des zu übertragenden, aufzuhebenden oder sonst umzugestaltenden Rechtes in einer

25) Auf die im § 185 hervorgehobenen weiteren Möglichkeiten ist hier nicht einzugehen.

Person eine begrifflich notwendige und deshalb ausnahmslose Voraussetzung der Wirksamkeit der Vormerkung sei. Allein die auch von Sekler nicht etwa nur zögernd zugelassene, sondern geforderte Anwendung des § 185 auf die Vormerkung (S. 174) beweist das Gegenteil. Auch zeigt sich, daß das Gesetz der befriedigenden Erledigung von Fällen der hier in Frage kommenden Art keine Schwierigkeiten bereitet. Nach dem angegebenem Sachverhalte ist die Vormerkung zu Gunsten des V auf Grund der Bewilligung des Nichtberechtigten N eingetragen worden. Sie würde also, wenn zu diesem Tatbestande nicht noch ein weiteres Moment hinzukäme, unwirksam sein. Dieses Moment ist in unserem Falle die Einwilligung des Berechtigten E bezw. die durch ihn erteilte Genehmigung. Infolgedessen muß der Berechtigte die auf Grund der Bewilligung des Nichtberechtigten eingetragene Vormerkung nach § 185 so gegen sich gelten lassen, wie sie ihm gegenüber gelten würde, wenn zur Zeit der Eintragung der Vormerknng nicht er, sondern N der Berechtigte d. h. der Grundstückseigentümer gewesen wäre. Setzt E späterhin dem N gegenüber die Grundbuchberichtigung durch, so wirkt sie doch als solche nicht auch dem V gegenüber. Im Verhältnis zwischen E und V hat vielmehr N als Rechtsvorgänger des E zu gelten, weshalb daher auch V von E nach § 888 die Erteilung der Zustimmung zu seiner, des V Eintragung als Eigentümer verlangen kann.

Das hiermit aus der Anwendung des § 185 auf die bewilligte Vormerkung gewonnene Ergebnis wirft zugleich neues Licht auf die Frage, welche den eigentlichen

Gegenstand dieser Abhandlung bildet: Denn alle Fälle, in denen die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam ist oder wirksam wird, haben miteinander gemein, daß zu der Verfügung des Nichtberechtigten noch ein Umstand hinzutreten muß, der diese Verfügung der des Berechtigten gleichwertig macht. Der bezeichnete Umstand ist in den vorhin besprochenen Fällen die Einwilligung bezw. die Genehmigung des Berechtigten. Ganz dasselbe, was hierdurch geleistet wird, kann aber auch durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, vermöge dessen der im Grundbuch zu Unrecht Eingetragene dem des Schutzes Teilhaftigen gegenüber als Berechtigter gilt, geleistet werden. Die Anwendung des § 185 auf bewilligte Vormerkungen führt also unabweisbar auch zur Anwendung des § 893, und, wer jene Anwendung für geboten erachtet, diese dagegen ablehnt, setzt sich hierdurch mit sich selbst in Widerspruch.

Erhebliche Schwierigkeiten werden durch die Anwendung des § 893 auf bewilligte Vormerkungen ebensowenig bereitet, als durch die Anwendung des § 185. Ändert man den Tatbestand des oben vorgelegten Falles dahin ab, daß E die Eintragung eines Widerspruchs vor der Eintragung der Vormerkung für den V noch nicht erwirkt hatte, daß es ferner zu einer Einwilligung oder Genehmigung der Vormerkungsbewilligung des N durch den E nicht gekommen ist, daß aber dafür dem V zu der nach der konkreten Sachlage maßgebenden Zeit[26])

26) Vgl. darüber unten S. 47, 48.

die Unrichtigkeit des Grundbuchs unbekannt gewesen ist, so muß sich E ungeachtet der von ihm später dem N gegenüber durchgeführten Grundbuchberichtigung dem V gegenüber doch so behandeln lassen, wie wenn N zur Zeit der Eintragung der Vormerkung der zu ihrer Bewilligung Berechtigte, also der Eigentümer gewesen wäre, und gestaltet sich dann die sachenrechtliche Verwirklichung des dem V gegen N zustehenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung genau so, wie dies oben bei Besprechung des ursprünglichen Tatbestandes dargelegt worden ist.[27])

27) Unzutreffend ist daher die Behandlung, welche der Fall des Textes bei Sekler S. 140 (unter γ), 141 findet, und desgleichen unzutreffend, was Sekler S. 141 in betreff des Falles ausführt, daß auf Grund der Bewilligung des gegen die Vorschrift des § 52 GBO. als unbeschränkter Eigentümer eingetragenen Vorerben zur Sicherung eines nicht gegen den Nachlaß sondern gegen den Vorerben persönlich sich richtenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung eine Vormerkung eingetragen worden ist. War hier dem Vorgemerkten im entscheidenden Zeitpunkte die aus der bevorstehenden Nacherbfolge sich ergebende Verfügungsbeschränkung des Vorerben unbekannt, so muß der Nacherbe die vom Vorerben bewilligte Vormerkung so gegen sich gelten lassen, wie wenn der Vorerbe unbeschränkter Eigentümer gewesen wäre und er (der Nacherbe) sein Recht einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Vorerben verdankte, und demgemäß auf Verlangen des Vorgemerkten die im § 888 bezeichnete Zustimmung erteilen. Unrichtig beurteilt Sekler S. 285 auch den Fall, wo der zu Unrecht als Eigentümer eines Grundstücks Eingetragene demjenigen, welchem ihm gegenüber rücksichtlich dieses Grundstücks ein persönliches Vorkaufsrecht zusteht, zur Sicherstellung des eventuellen Anspruchs auf Eigentumsübertragung die Eintragung einer Vormerkung bewilligt hat. War hier dem Vorgemerkten die Unrichtigkeit des Buchstandes im entscheidenden Zeitpunkte unbekannt, und ist der Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Scheineigentümer existent geworden, so ist im Gegensatz zu Sekler auch hier anzu-

2. Nicht ganz selten sind die Fälle, in denen der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt ist. Auf ihre erschöpfende Aufzählung ist es hier nicht abgesehen und von den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen sollen nur die §§ 135, 1984, 2113, 2211 BGB. und §§ 6, 7 KO. hervorgehoben werden.

Nach § 135 ist die gegen ein den Schutz bestimmter Personen bezweckendes Veräußerungsverbot verstoßende Verfügung über einen Gegenstand diesen Personen gegenüber unwirksam; nach § 2113 ist die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde, und nach § 2211 kann der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand nicht verfügen. Jeder einzelnen der genannten Vorschriften ist aber die weitere Bestimmung beigefügt, daß die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, entsprechende Anwendung finden. Nach den §§ 6, 7 KO. verliert der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Verfahrens die Befugnis, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen und sind Rechts-

nehmen, daß der wahre Eigentümer die Vormerkung so gegen sich gelten lassen muß, wie sie wirksam sein würde, wenn der Scheineigentümer der wirklich Berechtigte gewesen wäre.

handlungen, die der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens trotzdem vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; hierbei bleiben jedoch nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 7 KO. die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. unberührt. Diese Grundsätze werden durch § 1984 BGB. auch auf den Fall der Nachlaßverwaltung übertragen: denn mit deren Anordnung verliert der Erbe die Befugnis zur Verfügung über Nachlaßgegenstände und sind hinsichtlich der vom Erben nach dem bezeichneten Zeitpunkte vorgenommenen Rechtshandlungen die §§ 6, 7 KO. zur entsprechenden Anwendung zu bringen.

In Konsequenz des hier vertretenen Standpunktes, daß die Bewilligung einer Vormerkung eine Verfügung über dasjenige Recht enthält, dessen endgültige Veränderung durch die Vormerkung vorbereitet werden soll, müssen alle diese Vorschriften und daher auch der implicite oder explicite berufene § 893 BGB. auf die bewilligte Vormerkung angewendet werden. Schwierig wird die Entscheidung dagegen für diejenigen, welche der Vormerkungsbewilligung den Verfügungscharakter absprechen. Daraus erklärt sich die eigentümlich gewundene Ausführung Biermanns d. i. des Hauptvertreters dieser Meinung auf S. 193.[28]) Er spricht sich unbedenklich

28) Selbst wenn sich der hier und an anderen Stellen gegen Biermann erhobene Widerspruch als gerechtfertigt erweisen sollte, so würde dies doch an der Verdienstlichkeit der von Biermann geführten Untersuchung nichts ändern. Denn von ihr ist fruchtbare Anregung ausgegangen und erst sie hat unser Thema zur wissenschaftlichen Diskussion gestellt.

für die Erstreckung der berufenen Vorschriften auf die Vormerkung aus, denkt sich aber diese Erstreckung in sehr eigentümlicher Weise. Alle diese Vorschriften sind zweigliedrig. Aus ihnen ergiebt sich nämlich nicht nur, daß die durch sie betroffenen Verfügungen grundsätzlich unwirksam, sondern zugleich auch, daß sie unter bestimmten Voraussetzungen wirksam sind. Über diese Zweigliedrigkeit unserer Bestimmungen setzt sich Biermann einfach hinweg, indem er nur die auf die Unwirksamkeit der hierher gehörenden Verfügungen sich beziehenden Entscheidungen auch auf Vormerkungen erstreckt, die im zweiten Gliede all' dieser Vorschriften enthaltenen Entscheidungen dagegen mit Stillschweigen übergeht. Ein solches Verfahren muß zu Unklarheiten führen und das von Biermann zur Begründung der Erstreckung jener Entscheidungen Bemerkte geht der scharfen Herausstellung desjenigen, worauf es ankommt, aus dem Wege und hält sich im Dämmerschein des Zwielichts. Biermann sagt S. 193:

> Denn, wenn auch die Vormerkung selber keine Verfügung ist, so bereitet sie doch eine Verfügung vor. Ihr Zweck besteht ausschließlich darin, eine Verfügung zu ermöglichen. Eine Verfügung aber, die unwirksam wäre, zu ermöglichen, wäre zwecklos. Es ist daher zum mindesten ein abgekürztes Verfahren, die Vorbereitung nicht erst zuzulassen, d. h. schon die Vormerkung für unwirksam zu erklären.

Wenn ich Biermann anders recht verstehe, so

meint er also: Da die Vormerkungsbewilligung keine Verfügung sei, so werde sie durch die berufenen Bestimmungen unmittelbar nicht betroffen. Ungeachtet dieser Bestimmungen ließe sich also in den für uns in Frage kommenden Fällen die Wirksamkeit der bewilligten Vormerkung theoretisch rechtfertigen. Allein das wäre unpraktisch gedacht: denn, da die durch Vormerkung vorzubereitende Verfügung nach Maßgabe der berufenen Bestimmungen doch unwirksam sein müßte, so könnte die Vormerkung selbst im Falle ihrer Wirksamkeit ihren einzigen Zweck: nämlich die Sicherung der Wirksamkeit der endgültigen Verfügung nicht erreichen. Es führe deshalb zur wesentlichen Vereinfachung, wenn man in unseren Fällen schon die Vormerkung selbst für unwirksam erkläre.

Ist hiermit die Auffassung Biermanns richtig wiedergegeben, so beruht sie auf einem offenbaren Fehlschluß. Denn, wenn man vor der Frage steht, ob und inwieweit die Wirksamkeit bewilligter Vormerkungen durch die vorerwähnten Bestimmungen ausgeschlossen wird, so kann man die Unwirksamkeit der Vormerkung nicht mit der Erwägung begründen, daß deren Wirksamkeit an der Unwirksamkeit der durch sie vorbereiteten Verfügung nichts zu ändern vermöchte und deshalb der praktischen Bedeutung entbehren würde, sondern nur damit, daß die Vormerkung, dafern man ihr in unseren Fällen Wirksamkeit schlechthin zuspräche, dem Vorgemerkten die rechtliche Macht verleihen würde, die wirksame Durchsetzung der durch die Vormerkung vorbe-

reiteten endgültigen Rechtsänderung zu erzwingen, und daß daher schon in der Bewilligung der Vormerkung eine mit der Eintragung zur Perfektion gelangende Verfügung zu erblicken ist. Die vorerwähnten Bestimmungen finden darnach auf die Vormerkungsbewilligung unmittelbare Anwendung und zwar nicht nur teilweise, sondern vollständig, nicht nur hinsichtlich derjenigen Rechtssätze, vermöge welcher die hier in Frage kommenden Verfügungen mit Einschluß der Vormerkungsbewilligungen grundsätzlich unwirksam sind, sondern auch diejenigen, vermöge welcher sich die hierher gehörenden Verfügungen kraft der für maßgebend erklärten Sondervorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, als wirksam erweisen.

Eine wertvolle Bestätigung dieses Ergebnisses gewinnt man aus der Vergleichung von § 14 mit den §§ 6, 7 KO. Nach § 14 Abs. 2 kann in Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke, sowie der für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte an Grundstücken oder an eingetragenen Rechten während der Dauer des Konkursverfahrens eine Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger nicht eingetragen werden. Diese Entscheidung ist durch das Wesen der Sache geboten. Denn die rechtliche Zulässigkeit der Eintragung einer solchen Vormerkung würde im praktischen Erfolge der vollen Befriedigung eines Konkursgläubigers auf Kosten der Masse gleichkommen. Die Möglichkeit der tatsächlichen Vornahme der im § 14 Abs. 2 KO. für unzulässig erklärten Vor-

merkungseintragung ist durch die Vorschrift des Gesetzes freilich nicht ausgeschlossen. Eine Schädigung der Masse kann aber auch durch eine dem Verbot des § 14 Abs. 2 zuwiderlaufende Vormerkungseintragung nicht herbeigeführt werden. Denn die tatsächliche Eintragung ist der Masse gegenüber rechtlich unwirksam und der öffentliche Glaube des Grundbuchs kann dem auf Grund einstweiliger Verfügung Vorgemerkten nicht zu statten kommen.

Hinsichtlich der bewilligten Vormerkung enthält die KO. eine der des § 14 Abs. 2 entsprechende Vorschrift nicht. Allein, warum nicht? Aus dem einfachen Grunde, weil die Bewilligung einer Vormerkung in Ansehung eines zur Masse gehörenden Gegenstandes durch den Gemeinschuldner nach der Auffassung der KO. zu den vom Gemeinschuldner vorgenommenen Verfügungen des § 6 KO. gehört, deren rechtliche Behandlung im § 7 KO. festgesetzt ist. Demgemäß ist das Perfektwerden einer Vormerkungsbewilligung nach erfolgter Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Bewilligenden grundsätzlich ausgeschlossen, jedoch unbeschadet des dem Vorgemerkten kraft des grundbuchrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips zukommenden Schutzes[29]).

3. Es sollen nunmehr die für unsere Frage in Betracht kommenden Vorschriften des BGB. über den gesetzlichen Ehegüterstand ins Auge gefaßt werden.

Nach § 1375 umfaßt das dem Mann hinsichtlich des Frauenvermögens zustehende Verwaltungsrecht nicht die

---

29) Vgl. auch Jaeger a. a. O. Anm. 32 zu § 14 KO.

Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen. Nach Biermann S. 194 soll es hier gleichgültig sein, ob man die Bewilligung einer Vormerkung als Verfügung oder als Nichtverfügung auffasse. Dies ist aber gewiß nicht zutreffend. Man denke an den Fall, daß zum eingebrachten Vermögen der Frau ein Grundstück gehört, das die Frau noch vor der Eheschließung rechtsgültig an den X verkauft hat. Kann hier der Mann dem X rechtswirksam die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des diesem gegen die Frau zukommenden Anspruchs auf Auflassung bewilligen? Die Frage ist zweifellos zu verneinen; aber nicht aus dem von Biermann angegebenen Grunde. Denn die Bewilligung der Vormerkung durch den Mann ist doch offenbar nicht die Eingehung einer Verpflichtung für die Frau, und wenn ihre Wirksamkeit als ausgeschlossen zu betrachten ist, so kann dies nur darauf beruhen, daß die Vormerkungsbewilligung sich als eine Verfügung des Mannes über das zum eingebrachten Gute gehörende Eigentum der Frau am Grundstück darstellt, und weil auch keiner der Ausnahmefälle des § 1376 zutrifft, in denen der Mann über das eingebrachte Gut ohne Zustimmung der Frau verfügen kann. Was insbesondere die Ausnahmevorschrift des § 1376 Z. 3 anbelangt, so greift sie in unserem Falle deshalb nicht ein, weil die Frau nach dem vorgelegten Tatbestande dem X gegenüber zwar zur Auflassung, aber nicht zur Bewilligung einer den Anspruch des X auf Auflassung sichernden

Vormerkung verpflichtet ist und weil, selbst wenn eine solche Verpflichtung der Frau bestehen würde, dem Manne doch die grundbuchmäßige Legitimation zur Vormerkungsbewilligung fehlt.[30]).

Wie verhält es sich bei sonst gleichem Tatbestande, wenn nicht der Mann, sondern die Frau dem X die Vormerkung bewilligt und diese auch zur Eintragung gelangt? Wer die Vormerkung als Verfügung auffaßt, gelangt auf Grund der Bestimmung des § 1395, der zufolge die Frau zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes bedarf, sofort zu sicherer Beurteilung: Die Vormerkung ist, wenn die Einwilligung des Mannes fehlt, und wenn der Mann die Erteilung der Bewilligung auch nicht genehmigt hat (§§ 1396, 1398), soweit nicht einer der uns hier nicht weiter interessierenden Ausnahmefälle des § 1401 vorliegt, unwirksam. Für diejenigen, welche der Vormerkungsbewilligung Verfügungscharakter absprechen, entsteht dagegen eine unlösbare Schwierigkeit. Auch Biermann a. a. O. entscheidet sich zwar für die Unwirksamkeit der Vormerkung und will dies damit begründen, daß nach § 1399 Abs. 2 auch Rechtsgeschäfte, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, der Zustimmung des Mannes bedürfen, wenn sie in Ansehung des eingebrachten Gutes ihm gegenüber wirksam sein sollen. Daß diese Berufung auf § 1399 nicht durchschlägt, tritt mit besonderer Deutlichkeit

30) Vgl. hierzu auch Planck-Unzner IV (3. Aufl.) Erl. 5 a. E. zu § 1376.

hervor, wenn man sich zu unserem Tatbestande noch hinzudenkt, daß sich die Frau dem X gegenüber vor der Eheschließung auch schon zur künftigen Bewilligung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung verpflichtet hatte. Obschon die Übernahme einer nach § 1399 zu beurteilenden Verpflichtung in unserem Falle nicht in Frage kommen kann, weil beide Verpflichtungen der Frau, sowohl die zur Auflassung des Grundstücks an den X, als auch die zur Bewilligung der Vormerkung dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam sind, kann die Frau nach der Eheschließung die Vormerkungsbewilligung selbst ohne Einwilligung oder Genehmigung[31]) ihres Mannes nicht wirksam erteilen.

---

31) Vgl. hierzu aber auch Biermann S. 194, der Bedenken gegen die Verfügungsnatur der Vormerkungsbewilligung daraus ableiten zu können glaubt, daß die von der Frau in Ansehung des eingebrachten Gutes „ohne Einwilligung des Mannes" vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfte nach § 1398 derart unwirksam seien, daß sie vom Manne nicht einmal genehmigt werden können und daß dies somit auch in Ansehung einer von der Frau einseitig bewilligten Vormerkung gelten müßte. Hierauf ist zu sagen: In den hier in Betracht kommenden Regelfällen der auf Grund Bewilligung eingetragenen Vormerkung liegt hinsichtlich dieser eine Einigung zwischen der bewilligenden Frau und dem Vorgemerkten vor und greift daher in betreff der Genehmigung nicht § 1398 sondern § 1396 ein. Selbst wenn aber die Eintragung der bewilligten Vormerkung vorerst ohne rechtsgeschäftliche Verständigung zwischen der bewilligenden Frau und dem Vorgemerkten erfolgt ist, ist die nachträgliche Genehmigung der Bewilligung der Frau durch den Mann durch § 1398 ebensowenig ausgeschlossen als im Falle einer auf Grund der Bewilligung der Frau ohne vorherige rechtsgeschäftliche Verständigung mit dem Erwerber erfolgten endgültigen Eintragung etwa des Nießbrauchs. Nach Grundbuchrecht können die materiellen Voraus-

Während sich in unseren bisherigen Ausführungen der Satz bewährte, daß dem Vorgemerkten der Schutz des grundbuchrechtlichen Öffentlichkeitsprinzipes nach § 893 zu statten kommt, tritt hiervon eine Ausnahme ein, wenn die Eintragung einer Vormerkung bei einem zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstand auf Grund der von der Frau ohne Einwilligung des Mannes erteilten Bewilligung erfolgt ist. Allerdings nicht etwa deshalb, weil in der Bewilligung der Vormerkung ein Verfügungsgeschäft nicht gelegen ist, sondern obschon ein solches vorliegt. Denn nach der Sonderbestimmung des § 1404 muß ein Dritter die Beschränkungen, denen die Frau nach den §§ 1395 bis 1403 unterliegt, auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist.

4. Zu denjenigen Vorschriften, aus welchen sich ergeben soll, daß es gleichgültig sei, ob man die Vormerkung als Verfügungs- oder als Nichtverfügungsgeschäft behandelt, rechnet Biermann S. 195 auch die der §§

---

setzungen einer bereits gebuchten Rechtslage nachgetragen werden (vgl. besonders § 879 Abs. 2 BGB.). Wie in Fällen, wo zum Wirksamwerden einer Eintragung Einigung notwendig ist, die Einigung der Eintragung erst nachfolgen kann, so muß es auch möglich sein, daß in Fällen, wo zum Wirksamwerden der von der einen Person bewilligten Eintragung die Genehmigung einer anderen Person erforderlich ist, diese Genehmigung der Eintragung erst nachfolgt. Zu demselben sachlichen Ergebnis gelangt übrigens auch Biermann; seine Ausführung läßt aber durchaus unklar, als was für eine Art von Geschäft man sich die Bewilligung, auf Grund welcher eine Vormerkung eingetragen worden ist, denken soll, wenn sie Verfügungsgeschäft nicht ist.

1445, 1821 Z. 1 und 3. Jener § bestimmt für den Fall der unter Ehegatten verabredeten allgemeinen Gütergemeinschaft:

> Der Mann bedarf der Einwilligung der Frau zur Verfügung über ein zu dem Gesamtgut gehörendes Grundstück sowie zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung.

Und nach § 1821 Z. 1 und Z. 3 bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht nur zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück, sondern auch zur Eingehung der Verpflichtung zu einer dieser Verfügungen.

Biermann wendet beide Bestimmungen auch auf die Bewilligung einer Vormerkung, obschon sie nach seiner Ansicht Verfügungscharakter nicht hat, an und glaubt dies tun zu können, weil nach beiden Vorschriften für die Verpflichtung zu einer Verfügung dasselbe gilt, wie für die Verfügung selbst.

Diese Begründung scheint im ersten Augenblicke annehmbar zu sein, kann aber genauerer Prüfung nicht standhalten. Zur Beweisführung sollen folgende Beispiele herangezogen werden: Vor dem Eintritt der Gütergemeinschaft hat der Ehemann als Verkäufer rücksichtlich eines ihm gehörenden, später aber einen Bestandteil des Gesamtguts bildenden Grundstücks mit dem X als Käufer einen bedingten Kaufvertrag geschlossen; nach dem Eintritt der Gütergemeinschaft verpflichtet sich der Ehemann dem X gegenüber zur Bewilligung einer Vormerkung. Oder: Ein später Entmündigter hat ein ihm gehörendes

Grundstück dem X verkauft; nach der Entmündigung geht der Vormund für den Entmündigten dem X gegenüber die Verpflichtung zur Bewilligung einer Vormerkung ein. Ist zum Wirksamwerden des auf Erteilung der Vormerkungsbewilligung gerichteten Verpflichtungsvertrags im ersten Falle die Einwilligung der Frau und im zweiten Falle die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich? Die Entscheidung hängt offenbar davon ab, ob die Bewilligung einer Vormerkung ein Verfügungsgeschäft ist. Denn wenn diese Frage nicht bejaht wird, so ist die vertragsmäßige Übernahme der Verpflichtung zur Bewilligung einer Vormerkung auch kein Vertrag, durch den man sich zur Vornahme einer Verfügung verpflichtet.

5. Ist die Bewilligung einer Vormerkung ein Verfügungsgeschäft, so müssen auf bewilligte Vormerkungen auch die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Erbscheins und des Testamentsvollstreckerzeugnisses[32]) zur Anwendung gebracht werden. (Vgl. besonders §§ 2367 und 2368). Die auf Grund der Bewilligung des durch Erbschein legitimierten Scheinerben zur Sicherung eines Anspruchs auf Änderung eines zum Nachlaß gehörenden Rechtes an einem Grundstück oder eines solchen Rechtes an einem ein Grundstück belastenden Rechte eingetragene Vormerkung wirkt also, dafern die aus § 2367 in Verbindung mit

32) Biermann S. 195 hält die Anwendung des § 2367 auf bewilligte Vormerkungen ohne Angabe eines Grundes für ausgeschlossen und läßt § 2368 unerwähnt.

den §§ 2365, 2366 sich ergebenden Schutzvoraussetzungen vorliegen, gegenüber dem wahren Erben so, wie sie wirken würde, wenn der Scheinerbe Erbe wirklich gewesen und jener (der wahre Erbe) nur Rechtsnachfolger des Scheinerben geworden wäre. Die praktische Bedeutung des dem Vorgemerkten hierdurch zukommenden Schutzes tritt deutlich hervor, wenn der Schutz nach § 893 etwa aus dem Grunde versagt, weil die Eintragung der Vormerkung nach § 41 GBO. erfolgt ist, noch bevor der Scheinerbe als Rechtsnachfolger des Erblassers eingetragen war.

Zum Teil noch weitergehend ist der kraft des öffentlichen Glaubens des Testamentsvollstreckerzeugnisses eintretende Schutz. Der verwaltungsberechtigte Testamentsvollstrecker ist nach Maßgabe der §§ 2206, 2207 auch zur Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten berechtigt und der dem Testamentsvollstreckerzeugnis zukommende öffentliche Glaube muß daher bewirken, daß die von dem als Testamentsvollstrecker Legitimierten für den Nachlaß eingegangenen Verbindlichkeiten bei Vorhandensein der Schutzvoraussetzungen als Nachlaßverbindlichkeiten selbst dann zu gelten haben, wenn der im Zeugnis als Testamentsvollstrecker Bezeichnete Testamentsvollstrecker nicht ist, oder wenn ihm die nach dem Inhalt des Zeugnisses anzunehmende rechtliche Macht zur Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten fehlt[33]. Demgemäß muß der Erbe sogar schon den von einem durch Testamentsvollstreckerzeugnis legitimierten Scheintestamentsvollstrecker mit

---

33) Vgl. des Verfassers Erbrecht 2. u. 3. Auflage § 69.

einem Nachlaßgläubiger, dem ein Anspruch der im § 883 bezeichneten Art zusteht, geschlossenen obligatorischen Vertrag, wodurch die Bewilligung einer Vormerkung versprochen wird, dafern nur die Schutzvoraussetzungen sonst gegeben sind, als gegen sich wirksam gelten lassen und umsomehr daher die auf Grund der Bewilligung des Testamentsvollstreckers bereits eingetragene Vormerkung.

V.

Das eigentliche Ziel dieser Abhandlung war die Erbringung des Beweises, daß dem auf Grund Bewilligung Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu statten kommt. Zu diesem Zwecke mußte der Verfügungscharakter der Vormerkungsbewilligung allseitig festgestellt werden. Nachdem dies geschehen ist, bleibt jetzt noch die Frage zu berühren, mit welchem Zeitpunkte der auf Grund der Bewilligung des Nichtberechtigten Vorgemerkte des kraft des grundbuchrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips eintretenden Schutzes teilhaftig wird. Die Entscheidung ergiebt sich aus § 893 in Verbindung mit § 892 und ist schon oben unter II Z. 2 vorbereitet worden.

Der bezeichnete Zeitpunkt fällt unter der Voraussetzung, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Buchstandes nicht eingetragen und dem Vorgemerkten die Nichtübereinstimmung des Buchstandes mit der wirklichen Rechtslage zur Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung auch nicht bekannt war (§ 892 Abs. 2), mit der Eintragung der Vormerkung dann

zusammen, wenn diese auf Antrag des Vorzumerkenden unter Vorlegung der ihm erteilten Eintragungsbewilligung oder zwar auf Antrag des Bewilligenden, aber nach vorangegangener rechtsgeschäftlicher Verständigung mit dem Vorzumerkenden erfolgt ist. Denn bei solcher Lage der Umstände ist allen Anforderungen des § 893 schon mit der Eintragung der Vormerkung entsprochen.

War der auf Antrag des Bewilligenden erfolgten Eintragung der Vormerkung eine rechtsgeschäftliche Verständigung zwischen dem Bewilligenden und dem Vorgemerkten nicht vorangegangen, so kann diesem der Schutz des grundbuchrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips erst mit dem Zeitpunkte zu statten kommen, in welchem die vorerwähnte, rechtsgeschäftliche Verständigung dadurch nachgeholt wird, daß sich der tatsächlich Vorgemerkte dem Bewilligenden gegenüber mit der Vormerkung einverstanden erklärt, und nur unter der Voraussetzung, daß zu dieser Zeit ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs noch nicht eingetragen, und die Unrichtigkeit dem Vorgemerkten auch nicht bekannt ist.

VI.

In einer Entscheidung des Kammergerichts v. 28. I. 1901 (vgl. Rechtssprechung d. Oberlandesgerichte I S. 243) finden sich einige Wendungen, die das Gegenteil von dem auszusprechen scheinen, was in der vorliegenden Abhandlung zu beweisen versucht worden ist. Es dürfte sich deshalb empfehlen, wenn noch in tunlichster

Kürze dargelegt wird, daß trotz dieses Scheines ein sachlicher Gegensatz nicht besteht.

Der kammergerichtlichen Entscheidung liegt folgender Fall zugrunde: Hinsichtlich einer Eigentümergrundschuld des A war ohne Vorlage des Grundschuldbriefs zu Gunsten des X zum Zwecke der Sicherung eines angeblichen Anspruchs auf Abtretung der Grundschuld auf Grund einstweiliger Verfügung eine Vormerkung eingetragen worden. Später verlangte ein Dritter T die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Vormerkung auf Grund der Behauptung, daß ihm die Grundschuld schon früher verpfändet gewesen sei. Der Antrag wurde abgelehnt, und auch das Kammergericht entschied, daß gegen eine Vormerkung ein Widerspruch nicht eingetragen werden könne. Die Begründung lautet im wesentlichen dahin, daß der Widerspruch nur dem Zwecke diene, die mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs verknüpften Gefahren zu beseitigen, und daß der Eintritt solcher Gefahren im Falle einer Vormerkung durch deren rechtliche Natur ausgeschlossen sei.

Bei der Beurteilung dieses Falles dürfen nachstehende zwei Fragen nicht miteinander verwechselt werden.

1. Konnte dem X infolge der zu seinen Gunsten eingetragenen Vormerkung (unter der Voraussetzung, daß der gesicherte obligatorische Anspruch gegen den A zu Recht bestand), der öffentliche Glaube des Grundbuchs gegenüber dem T zu statten kommen, wenn diesem die Eigentümergrundschuld schon vorher rechtsgültig (vgl.

§ § 1274, 1291 BGB.) verpfändet war? Diese Frage ist schon deshalb zu verneinen, weil die Eintragung der Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung erfolgt ist. Sie müßte übrigens beim vorausgesetzten Tatbestande selbst dann verneint werden, wenn die Vormerkung auf Grund der Bewilligung des A eingetragen worden wäre. Denn dem auf Grund Bewilligung Vorgemerkten kann der öffentliche Glaube des Grundbuchs selbstverständlich nicht in höherem Maße zu statten kommen, als in dem er unter sonst gleichen Umständen dem endgültig Eingetragenen zu statten kommen könnte. Denkt man sich in unserem Falle, daß die Grundschuld auf Grund der Bewilligung des A auf den X umgeschrieben worden wäre, so würde hierauf ein auf dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs beruhender Schutz des X gegenüber dem T noch nicht gestützt werden können. Denn zur Übertragung einer Briefgrundschuld ist die Eintragung der Übertragung im Grundbuche weder unbedingt erforderlich noch genügend (§ 1154 BGB.), und wenn diese Eintragung erfolgt ist, so gewährt sie doch keine Garantie dafür, daß die Grundschuld nicht nach Maßgabe von § 1274 in Verbindung mit § 1154 Abs. 1 rechtsgültig verpfändet ist.

Auf alle diese Punkte ist das Kammergericht nicht eingegangen und brauchte es nicht einzugehen, weil sie für die zu treffende Entscheidung nicht von Belang waren.

2. War nach erfolgter Eintragung der Vormerkung zu Gunsten des X die Gefahr geschaffen, daß sich auf

Grund der Vormerkung ein durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützter und die Mängel der Rechtsposition des Vorgemerkten deckender weiterer Erwerb vollziehe und damit zugleich die Voraussetzung für die Eintragung eines Widerspruchs gegeben? Das bildete den eigentlichen Gegenstand der vom Kammergericht zu treffenden Entscheidung und diese Frage hat es aus Gründen, die sich sachlich[34]) mit den oben S. 8 bei Anm. 6 und S. 9 Anm. 7 ausgeführten decken, mit Recht verneint.

---

34) Die Fassung der Begründung geht aber freilich zum Teil über dasjenige hinaus, was aus Anlaß des Falles zu entscheiden war und entschieden werden wollte.

